Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

VI.

Die Prioritätsfrage allgemeiner Pfandrechte rückſichtlich ſpäter vom Verpfänder erworbener Sachen.

Verſuch einer neuen Begründung der Behauptung, daß ein generelles Pfandrecht nur ein Datum habe und auch rückſichtlich erſt ſpäter vom Verpfänder erworbener Sachen ſchon vom Tage ſeiner Beſtellung an datirt werden muß.

Von Herrn Hofrath und Profeſſor Dr. L. A. Warnkönig zu Freiburg.

Es iſt eine eigene Erſcheinung in der civiliſtiſchen Dogmengeſchichte, daß eine Anſicht, welche mit dem größten Scharfſinn in beſonderen Abhandlungen als ungegründet angefochten wird, dennoch in allen Lehrbüchern des Römiſchen Rechts als die richtige beibehalten bleibt, ohne von deren Verfaſſern gegen die auf ſie gerichteten Angriffe mit überwiegenden Gründen vertheidigt zu werden.

Daß das generelle Pfandrecht rückſichtlich künftiger Sachen (d. h. der nach der geſchehenen Verpfändung vom Pfandſchuldner erſt zu erwerbenden Sachen) nicht erſt mit dem Eintritte derſelben in das Vermögen des Verpfänders beginne, ſondern ſchon mit der Errichtung des Pfandsrechtes, ſo daß es ein Datum habe, nämlich den Tag ſeiner Errichtung, iſt eine Anſicht, welche in den Lehrbüchern von Thibaut (§. 806) v. Wening (Edid. Fritz §. 164 C. I. S. 409 n. k.) und von Mühlenbruch (§. 306. Nro. 12.) vorgetragen wird, während Glück (Erläuterungen B. XVIII. §. 1078. C. XIX. §. 1093), Hepp zweimal in ſeiner Dissert.

§. 18.) und in Roßhirt's Zeitschrift β. I. p. 336, Roßhirt ebendaselbst S. 23 ff., Gesterding (Pfandrecht 2te Ausgabe §. 34. und der neueste Schriftsteller über die Lehre vom Pfandrecht, Sintenis, in seinem Handbuch S. 383 ff. darzuthun sich bestreben: nur die entgegengesetzte Ansicht sey die wahre. Unterholzner's Vertheidigung der bestrittenen Meinung ist vom Jahre 1810; Baumbach's Auslegung des fr. 34. §. 2. D. de pignorib. (20. 1.) (im Archiv für Civ. Prax. Theil IV. Nro. 9 u. 28., worauf man sich beruft) wird wohl Niemand als eine Begründung der in dem Compendium angenommenen Lehre gelten lassen, und Fritz hat sich in seinen Erläuterungen B. I. S. 415—419 auf die Auslegung der für und gegen dieselbe gewöhnlich angeführten Stellen beschränkt.

Die Bekämpfer der angenommenen Ansicht sind es vorzüglich, welche um sie vollkommen zu widerlegen, die dafür anzuführenden Gründe angeben, aber auch sogleich verwerfen.

Es möchte also ein Versuch, die in den Lehrbüchern als richtig angenommene Ansicht zu vertheidigen, vielleicht nicht für überflüssig gehalten werden, zumal weil die Vertheidigung derselben auf eine in gewisser Rücksicht neue Weise bewerkstelligt werden soll. Der Streit ist bisher auf beiden Seiten, theils durch Räsonnements, theils vermittelst Beweisstellen geführt worden.

Was die letzteren betrifft, so werden von Glück, Roßhirt, Hepp, Gesterding und Sintenis die bekannten Fragmente der Pandecten f. 7. §. 1. und f. 11. §. 2. D. 20. 4. als schlagende Beweise für ihre Ansichten angegeben, während man in den Lehrbüchern f. 9. §. 3. f. 21. pr. D. eod. c. 6. §. 2. C. 5. 9. und andre weniger wichtige anzurufen pflegt.

Die Auslegung dieser Stellen hängt aber eigentlich erst von der als richtig vorausgesetzten Ansicht ab, weshalb eine durch Räsonnement aus allgemeinen Rechtsprincipien [1]) und

1) Entgegengesetzter Meinung ist Hepp bei Roßhirt S. 333. §. 5.

aus der Natur des Pfandrechts her zu leitenden Begründung der einen oder der andren Ansicht vor allem nöthig ist.

Wenn hier die in den Lehrbüchern vorgetragene Lehre für die richtige dargestellt wird, so ist es nicht unsere Absicht, längst Gesagtes, oder von andern als wahr Gezeigtes, zu wiederholen. Wir unterschreiben auch gerne die von Fritz gegebene Auslegung der angeführten Stellen, beschränken uns also vorzüglich auf die Ausführung der Gründe, welche uns bewogen haben, der in die Lehrbücher aufgenommenen Ansichten auch in dem Unsrigen beizupflichten [2]).

§. 1.

Wir könnten hier zunächst von der (freilich von unsern Gegnern nicht zugegebenen) Annahme ausgehen, daß:

1) die hypotheca omnium bonorum nur eine Hypothek sey, d. h. ein Pfandrecht, das nur einen Gegenstand hat, nämlich den Vermögens complexus des Verpfänders, also die unkörperliche Universitas [3]) seines patrimonii.

2) Daß die Grundsätze über die Bedingungen und ihre Wirkungen bei der Streitfrage nicht zur Anwendung kommen können [4]), da der Erwerber der zu belastenden Sache von Seiten des Verpfänders nur eine uneigentliche Bedingung, eine conditio intrinsecа ist, d. h. ein Erforderniß zur Möglichkeit der Ausdehnung des Pfandrechts auf die künftige Sache.

3. Wir könnten den in Hepp's Abhandlung besonders herausgehobenen Satz, daß die Verpfändung der künftig zu erwerbenden Sache in jeder Hinsicht von der Willkühr des Bestellers des allgemeinen Pfandrechts abhänge, in Abrede stellen, weil, wenn es gleich in des Pfandschuldner Willkühr steht, ob er die Sache in sein Vermögen bringen will, es doch nicht von ihm abhängt, ob die einmal erworbene Sache verpfändet seyn solle oder nicht.

---

2) Commentarii t. I. S. 497.

3) So auch Mühlenbruch Pandectenrecht Thl. I. S. 193.

4) Dies giebt auch Roßhirt zu S. 26, während Hepp entgegengesetzter Meinung ist.

Aber wir bedürfen dieſer Mittel nicht, um unſre Anſicht zu begründen, wir wollen, um dieſen Zweck zu erreichen, einen ganz anderen Weg einſchlagen und auf dieſe Sätze gelegentlich, bei Widerlegung der gegneriſchen Einwendungen und am Schluſſe dieſer Erörterungen zurückkommen.

§. 2.

Man hat in neueren Zeiten über die Natur des Pfandrechts die gewiß richtige Anſicht: es ſei eine prätoriſche obligatio rei, begründet durch die aus dem pactum hypothecae gegebene Real-Klage, allgemein gebilligt; ſie aber bei Beurtheilung der hier beſprochenen Streitfrage außer Acht gelaſſen. Man ſtützte die Priorität der Pfänder ſtets auf die Gültigkeit des dinglichen Rechts, wie wenn die Exiſtenz dieſes Rechtes der Punkt wäre, um den alles ſich hier drehen müſſe [5])!

Wenn es nun allerdings gewiß iſt, daß der dritte Eigenthumsbeſitzer der verpfändeten Sachen nur dann dem Pfandgläubiger weichen muß, wenn das dingliche Recht des letzten vollkommen gegründet iſt; ſo hängen doch nicht alle pfandrechtliche Streitfragen von der Exiſtenz dieſes Rechtes ab: namentlich nicht die hier zu behandelnde Prioritätsfrage. Das Pfandrecht iſt in der juſtinianeiſchen Geſetzgebung nichts anders als eine dem Gläubiger in Gemäßheit einer bloſen Uebereinkunft (pactum) geſtattete Realklage [6]).

Die actio hypothecaria hat kein andres Fundament als die conventio pignoris, d. h. ein ſonſt nur obligatoriſches Verhältniß, eine ſonſt blos perſönliche, Klagen begründende Thatſache. Die formula hypothecaria hatte einſt keine juris civilis intentio: ſie war eine formula in factum concepta, in der auf die demonstratio die condemnatio folgte.

---

5) So namentlich Roßhirt S. 27—29, Hepp und Sintenis.

6) Die Formel des Vertrags lautet nach Gajus in f. 4. D. 20. 1. (De P. et. Hy.) ſo: ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae.

Nach der Verſchiedenheit der Fälle wurde dieſe Formel verſchieden gefaßt: wie z. B. si paret pignus esse datum, nec solutam esse pecuniam oder si paret pignori datum et satis factum non esse creditori [7]) oder si paret convenisse de pignore nec solutam esse pecuniam [8]). Stellte man die Klage gegen den Eigenthümer der Sache an, ſo reichte obige Formel nicht hin; es war nöthig, der conventio noch beizuſetzen: rem tum temporis in bonis debitoris fuisse [9]); denn nur in dieſem Falle kann die pignoris conventio dem jetzigen Eigenthümer ſchaden.

Oder es war zu ſagen die Hauptſache ſey dem Verpfänder eigen geweſen, z. B. die ancilla, deren partus man hypothecaliſch verfolgte f. 11. §. 3. D. 20. 4. Ganz gleichgültig muß aber der Umſtand rem in bonis debitoris fuisse im Streite zwiſchen zwei Pfandgläubigern ſeyn, welche ſich auf gleicher Linie befinden, d. h. die entweder beide vom Eigenthümer ihr Recht ableiten, oder denen Pfandrechte auf künftige Sachen oder auf künftig zu erwerbende Sachen gegeben waren.

Da nämlich beide in den drei letzten Fällen unter denſelben Umſtänden oder unter denſelben nachtheiligen Verhältniſſen ihre Rechte erworben haben, ſo können dieſe auf ihr gegenſeitiges Verhältniß keinen Einfluß äußern.

Es erklären ſich alſo die Entſcheidungen des Juriſten Paulus in fr. 14. D. 20. 4. (qui pot. in pig.), Gajus in fr. 11. §. 3. und Ulpinian's in f. 7. §. 1. D. eod.

---

7) Arg. f. 30. §. 1. D. 44. 2. (de exceptione rei judicatae) c. 1. C. 8. 33. (si pignoris conventionem.)

8) Nach f. 13. §. 1. D. 16. 1. Aus dieſen Formeln erklärt ſich auch, warum das für eine bloſe obligatio naturalis gegebene Pfandrecht die actio hypothecaria erzeugt: denn zu dieſen iſt es genügend, daß eine conventio pignoris ſtatt gehabt und keine Zahlung geleiſtet worden.

9) Dieß ſagt auch ausdrücklich f. 23. D. 22. 3. daher auch fr. 3. pr. D. 28. 1. (de pg. et hy).

ganz natürlich; denn in den drei [10]) durch dieſe Stellen entſchiedenen Fällen wird blos auf das Alter der conventio pignoris geſehen.

Daß dieſes allein bei der Prioritätsfrage berückſichtigt werde, ergiebt ſich aus der Art und Weiſe, wie die Priorität zwiſchen mehreren Gläubigern geltend gemacht wurde. Solches geſchah, wenn der beſſere Gläubiger im Beſitze des Pfandes war vermittelſt einer exceptio, und war der nachſtehende Gläubiger im Beſitze, durch eine replicatio, deren Faſſung in mehreren Stellen oder Pandecten wirklich angegeben iſt, z. B. von Marcian in f. 12. pr. D. 20. 4. Es ſteht hier:

Creditor, qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, *exceptio* priori utilis est »*si non mihi ante pignioris hypothecae nomine sit res obligata,*« sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat, *si non convenit ut sibi res sit obligata,* hic in modum supra relatum replicabit.

Waren beiden zu gleicher Zeit ihre Pfandrechte in solidum beſtellt worden, ſo ſchützte dem beſitzenden Pfandgläubiger gegen den Klagenden ſchon die Exceptio: si non convenit ut eadem res mihi quoque pignori esset [11]). Traten zwei Pfandgläubiger verſchiedenen Alters gegen den dritten Beſitzer auf, ſo mußte nach den bei Colliſionsfällen anderer obligatoriſchen Verhältniſſen geltenden Grundſätzen, die Priorität der Zeit des Vertrages entſcheiden: was das Ende des citirten Fragmentes fr. 12. pr. D. 20. 4. beſtätigt: sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget et adjudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo ei auferat rem.

Wenden wir dieſe Grundſätze auf den hier zu beſpre-

10) Auch in f. 7. §. 1. wo die Schlußbemerkung des Juriſten beweiſt, daß von einem gleichzeitig gegebenen pignus generale et speciale die Rede war.

11) Nach Ulpian in f. 10. D. 20. 1.

chenden Fall an: so wird sich die dem Anscheine nach so schwere Frage leicht entscheiden lassen.

Haben mehrere nach einander eine generelle Hypothek auf das gegenwärtige und künftige Vermögen eines Schuldners erhalten, so kann die Frage über den Anfang des Pfandrechts rücksichtlich künftig vom Schuldner zu erwerbender Sachen in verschiedenen Beziehungen aufgeworfen werden.

1) Einmal kann gefragt werden, von [12]) wann an sind den dritten gegenüber diese Sachen den Gläubigern des sie Erwerbenden als verpfändet anzusehen? und die Antwort hierauf ist einfach diese, vom Augenblicke an, wo sie in des Pfandgebers Vermögen übergiengen; waren sie also vor dem Eintritte in dessen Vermögen einem andern schon verpfändet worden, so gehet dieser der vom frühern Eigenthümer sein Pfandrecht erhielt, gewiß vor, wenn auch dieß ein jüngeres Datum haben sollte als die generelle Hypothek, weil ja der Verpfänder eine bereits verpfändete also belastete Sache eine res, quae transit cum suo onere, erwirbt [13]).

2) Die Thatsache, daß der Verpfänder Nichteigenthümer der verpfändeten Sache war, könnte auch von ihm selbst gegen den klagenden Pfandgläubiger vorgeschützt werden, oder von seinem Erben, wenn entweder er das Eigenthum der Sache später erwarb und das von ihm selbst gegebene Pfandrecht als pignus rei alienae nicht anerkennen will, oder

---

12) Darauf scheint fr. 34. §. 2. D. 20. 1. bezogen werden zu müssen: wegen des an coeperint ? und der Antwort darauf coepisse. Alle Gründe, welche man bisher zur Vertheidigung der von uns bestrittenen Meinung geltend gemacht hat, beweisen nichts als die im Texte ausgesprochene Wahrheit, die ja aber gar nicht in Zweifel gezogen werden konnte; deshalb war es Hepp möglich, die Sätze in §. 7—10 seiner Abhandlung zu so großer Evidenz zu erheben.

13) Auf ähnliche Weise erklärt sich fr. 11. §. 2. D. 20. 4. weil ja die vom Vermiether in das gemiethete Haus gebrachte Sache als eine verpfändete dahin gebracht wurde.

wenn der Erbe des Verpfänders die Gültigkeit des Pfandrechts beſtreitet, weil blos er und nicht der Verpfänder Eigenthümer der Sache iſt; daß dieſe Fragen beſtritten ſind, weiß jeder, der an fr. 41. D. 13. 7. (de pign. act.) und fr. 22. D. 20. 1. (de P. et. H.) denkt. Dieſe Streitfrage laſſen wir, als nicht hieher gehörend, hier auf ſich beruhen.

3) Ganz anders verhält es ſich aber, wenn zwiſchen zwei Generellpfandgläubigern die Frage über das gegenſeitige Verhältniß ihrer Pfandrechte [14]) rückſichtlich ſpäter vom Verpfänder erworbener Sachen aufgeworfen wird. Hier wird gewiß Niemand daran denken, die formula hypothecaria ſo zu ſtellen: si paret eam rem in bonis debitoris fuisse?

Wozu ſollte dieſes dienen? keiner wird dem andern ſagen dürfen: „Dein Pfandrecht auf die ſpäter erworbene Sache iſt früher nicht gültig, weil dieſe zur Zeit der Verpfändung nicht im Vermögen des Verpfänders war,“ denn der andere wird ihm denſelben Einwand erwiedern, als replicatio: die Folge davon wäre wegen der par causa (die auch von den Vertheidigern der entgegengeſetzten Anſicht angenommen wird): daß der Beſitzer der verpfändeten Sache (wenn einer von beiden beſäße) nach der Entſcheidung in fr. 10. D. 20. 1. vorgezogen werden müßte.

Allein warum ſoll, da, was den Eintritt der Sache in das Vermögen des Verpfänders betrifft, beide ſich in gleicher Lage befinden, die exceptio oder replicatio: si non ante eadem res mihi obligata keine Anwendung finden?

Die conventiones pignoris bilden das einzige Fundament beider Klagen. Die Eigenthumserwerbsfrage der Sache durch den Verpfänder iſt bei dem Prioritätsſtreite gleichgültig, indem dieſer Erwerb für beide erſt die Möglichkeit der Ausdehnung ihrer ſchon beſtehenden Pfandrechte auf die ſpä-

14) D. h. nicht die über deren Exiſtenz, ſondern die Prioritätsfrage.

ter erworbenen Sachen begründete. Die Prioritätsfrage beruht demnach einzig auf der Priorität der Conventiones.

Wenn also der spätere Pfandgläubiger gegen den früheren klagt, so wird ihm dieser sagen:

„Ich erkenne allerdings dein Pfandrecht an: allein du „wußtest oder mußtest wissen, daß ich vor dir mit dem „Verpfänder überein gekommen war, daß nicht blos sein da„maliges Vermögen, sondern alle nachher zu erwerbenden „Sachen mir als dem Ersten (mihi priori) sollten ver„pfändet seyn: Du dagegen hast dir ausbedungen, daß dir „gegenwärtige und künftig zu erwerbende Vermögensstücke „als dem Zweiten, d. h. unbeschadet meines Pfandrechts „sollten verpfändet seyn; also steht dein Pfandrecht in seiner „ganzen Ausdehnung dem Meinigen nach. Ja der Verpfän„der konnte dir kein andres Pfandrecht geben; denn er „konnte durch einen spätern Vertrag mit dir, das mir von „allen zugesicherte Pfandrecht auf seine künftige Erwerbungen „mir eben so wenig nehmen, oder beeinträchtigen, als er „mir mein Vorzugsrecht hätte nehmen können, wenn er mir „dieselbe Sache zuerst würde vermiethet oder verkauft „haben (vorausgesetzt im letzten Falle, daß durch die hinzu„kommende traditio der zweite Käufer ein besseres Recht noch „nicht erhalten hatte)."

§. 3.

Ein schlagender Beweis, daß das früher bestellte Pfandrecht auch rücksichtlich der später vom Verpfänder erworbenen Sachen vorgehe, ist auch aus fr. 14. D. 20. 4. herzunehmen: wo bekanntlich der Grundsatz der Priorität der Zeit auf den Fall angewandt wird [15]), wo zwei ihre Pfandrechte von demselben Nichteigenthümer ableiten.

Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneravit prior est potior etc.

---

15) Daß die in f. 14. D. 20. 4. enthaltene Entscheidung für die hier besprochene Streitfrage wichtig sey, bemerkt auch Gesterding S. 249.

Nach der Anſicht der Gegner iſt ein allgemeines Pfandrecht in Beziehung auf künftig zu erwerbende Sachen, wo nicht ein pignus rei alienae doch dieſen ganz gleich, indem es nur dann beginnt, wann die Sache in das Vermögen des Verpfänders kommt [16]).

Nach f. 14. iſt die quaestio dominii für die Prioritätsfrage gleichgültig, weil gerade, wenn vom Nichteigenthümer des Pfandes beſtellt iſt, blos auf das Alter der conventio pignoris geſehen wird.

Nur dieß beſtimmt zwiſchen den beiden Pfandgläubigern einen Unterſchied. In jeder anderen Rückſicht ſind dieſelben in gleicher Lage, da ſie beide von demſelben Nichteigenthümer ihr Recht ableiten. Eben ſo iſt es beim allgemeinen Pfandrechte rückſichtlich der ſpäter vom Verpfänder erworbenen Sache. Der Erwerb iſt ein indifferentes Factum für ſie; nur das Alter der conventio pignoris iſt wichtig; alſo kann dieſes allein entſcheiden.

Die Vertheidiger der entgegengeſetzten Anſicht und namentlich Sintenis (S. 395) wollen freilich den Schluß von der in fr. 14. entſchiedenen Frage auf die hier vorliegende nicht zugeben, weil in jenen gar keine Rechtsgrundſätze (??), ſondern Billigkeitsmaßregeln zur Anwendung kämen!!!

Allein warum ſollte Paulus in fr. 14. keine Rechtsgrundſätze befolgt haben? Seit wann iſt die Regel prior tempore potior jure (in pari causa) keine Rechtsregel?

Es wird von unſern Gegnern hier etwas überſehen: nämlich die Abſurdität, welche herauskommen muß, wenn das vom Nichteigenthümer gegebene Pfandrecht ſich durch den Eigenthumserwerb der verpfändeten Sache oder durch die Ratihabition des Eigenthums [17]) in ein abſolut-gültiges

16) So Hepp.

17) Nach fr. 20. pr. D. 13. 7. (de pign. act.). Die rückwirkende Kraft der Ratihabition wird in fr. 16. §. 1. D. 20. 1. ausdrücklich angeführt.

Pfandrecht verwandelt. Sie müssen annehmen, daß von diesem Augenblicke an das gegenseitige Verhältniß der beiden Pfandgläubiger sich plötzlich ändere, und die Priorität des frühern aufhöre blos deswegen, weil die beiden Verpfändungen, d. h. sowohl die frühere als die spätere besser geworden wären! Wir glauben nicht, daß der Jurist Paulus eine solche Lehre würde gebilligt haben [18]). Es stände eine solche Entscheidung mit fr. 16. §. 1. D. 20. 1. in direktem Widerspruch.

Aus dem Obengesagten erklärt sich auch: was Cajus in fr. 15. §. 1. D. 20. 1. sagt: nämlich daß der bei der actio hypothecaria auf ein Specialpfand nöthige Beweis: die Sache sei in des Verpfänders Vermögen gewesen, bei dem Generellen nicht erfordert werde.

Quod dicitur creditorem probare debere, *cum conveniebat*, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pignoris pertinere, quae specialiter facta est, non ad illam, *quae quotidie inseri solet cautionibus*, ut, specialiter rebus pignori datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde ac si specialiter hae res fuissent obligatae.

§. 4.

Wie behandeln die Vertheidiger der von uns bestrittenen Meinung die Frage: ob, wenn jemand hinter einander Pfandrechte an einer fremden Sache zugesichert hat, auf den Fall, wenn er sie erwerben würde [19]), der früher contrahirende Gläubiger dem späteren vorgehen müsse? Diese Frage

18) Wir glauben auch nicht, daß des Africanus dunkle Aeußerung in fr. 9. §. 3. D. 20. 3. über das convalescere oder confirmare des pignus des nachstehenden Pfandgläubigers einer fremden Sache hier in Betracht zu ziehen sey: da der Jurist doch wohl blos das Distractionsrecht im Auge hatte, welches für den zweiten Gläubiger nur wirksam wird (convalescit oder confirmatur), wenn der erste befriedigt ist (dimisso priore).

19) D. h. den in dem fr. 16. §. 7. D. h. t. und den fr. 7. §. 1. D. 20. 4. (20. 1.) behandelten Fall.

wird von Roßhirt S. 27 — 28 (wenn wir ihn recht verſtehen) zwar aufgeworfen, aber nicht gelöst, ſondern es wird von ihm geſagt: ſie ſey in den Quellen nicht entſchieden, da fr. 3. §. 1. D. 20. 4. keine Entſcheidung enthalte. Dieſe Stelle entſcheidet blos den Fall: wo zuerſt die nur noch ſchuldige, dann ſpäter die bereits dem Verpfänder zu eigen gewordene Sache war verpfändet worden? Das Pfandrecht des erſten gehet vor, es ſey der früheren conventio wegen, ſey es weil erſt nach der an den Verpfänder geſchehenen Tradition die zweite Verpfändung geſchah. Man kann alſo hieraus für die vorliegende Frage nichts hernehmen [20]).

Hepp erklärt ſich kathegoriſch für die Gleichzeitigkeit der Pfandrechte (Roßhirt's Zeitſchrift I. S. 347 u. 348), allein die von ihm angegebenen Gründe ſind nicht ſehr überzeugend. Er hält ein ſo beſtelltes Pfandrecht für ein bedingtes, die Bedingung aber für eine conditio potestiva, die alſo keine rückwirkende Kraft äußern könne: folglich beginne das Pfandrecht beider Pfandgläubiger erſt vom Augenblicke des Erwerbes der Sachen an.

Wir müſſen hier bereits Geſagtes wiederholen. Es iſt allerdings gewiß, daß die hypothecaria actio auf dieſe Sachen dem Gläubiger nicht eher erworben wird, als dieſelben Eigenthum des Verpfänders geworden. Die Gläubiger hatten die Klage früher weder gegen dritte noch gegen den Verpfänder ſelbſt. Was aber das, durch die Priorität des einen Pfandvertrages über den andern bereits begründete, Verhältniß der beiden Gläubiger unter einander betrifft, ſo kann dieß durch das abſolute Geltendwerden der beiden Pfandrechte nicht geändert werden: der frühere wird ſich ſtets mit der exceptio oder replicatio: si non convenerit ut mihi priori res pignori sit, gegen den ſpäteren vertheidigen können, wie wir ſchon oben in §. 2. gezeigt haben.

---

20) Die von Roßhirt S. 29 und Hepp ebendaſelbſt S. 349—350 richtiger erklärte Stelle iſt nicht dunkel zu nennen.

Es giebt keine Stelle, welche für die Behauptung der Unzuläſſigkeit der genannten Einwendung im vorliegenden Falle angeführt werden könnte. — Geſterding S. 358 und Sintenis S. 385 und 396 nehmen gegen Hepp S. 519 mit Recht an, daß, wenn eine res debita verpfändet worden iſt, nach dem Erwerb der Anfang des Pfandrechts mit Sicherheit auf den Zeitpunkt ſeiner Entſtehung oder Beſtellung zurückbezogen werden müſſe.

Die obige Erklärung des Juriſten will gewiß nicht ſagen, daß, wenn die Pfandklage gegen einen Eigenthumsbeſitzer der Sache angeſtellt wird, welcher läugnet, daß ſie je dem Verpfänder gehört habe, nicht bewieſen werden müſſe, ſie ſey einmal im Vermögen des Schuldners geweſen: denn ſonſt hätte ja das allgemeine Pfandrecht ſich auf ſie gar nicht erſtrecken können: ſondern er ſagt blos, daß die Gültigkeit des allgemeinen Pfandrechts als eines ſolchen ſelbſt über *res futurae* von dieſem Beweiſe nicht abhänge.

Die Ausleger des Römiſchen Rechts ſtellen nun ſogar folgende Sätze auf [21]):

a. Wenn gegen einen nachſtehenden Pfandgläubiger geklagt werde, der von demſelben Verpfänder (alſo auch von ſeinem Erben) ſein Recht ableite, weiter nichts, als die Thatſache der früheren Verpfändung (d. h. der pignoris conventio) darzuthun ſey; ferner

b. daß gleichfalls nur [22]) das pactum hypothecae zu beweiſen ſey, wann die Pfandklage gegen einen Beſitzer

---

21) Glück, Thl. 18, S. 386—392. Sintenis S. 564. v. Wening und Fritz S. 450. Weſtphal v. Pfandrecht. Geſterding S. 382.

22) Dieſer Beweis (daß der Verpfänder die Sache als die ſeinige beſeſſen habe) iſt natürlich dann unnöthig, wenn der Beſitzer ſein Recht vom Verpfänder erſt nach der Verpfändung erhalten hat. — Eben ſo wenn derſelbe auch, ohne daß über die Zeit etwas feſtſteht, ſein Eigenthum vom Verpfänder ableitet. Sintenis S. 565.

der Sache angeſtellt werde, welcher nach der Verpfändung ſie erworben habe.

Das Factum: die Sache ſey im Eigenthum des Verpfänders geweſen, gilt alſo in den Augen dieſer Schriftſteller als gleichgiltig für den Beweis des Pfandrechts, weil Beide, der Kläger und der Beklagte, ihr Recht von demſelben Auctor ableiten. — Ich frage nun: iſt dieß dann nicht immer der Fall, wenn ein vorſtehender Generalpfandgläubiger gegen den nachſtehenden eine res postea acquisita mit der Pfandklage vindicirt?

Wenn alſo dieſe Schriftſteller dennoch wie Glück[23]) und Sentenis behaupten, daß bei der Prioritätsfrage des allgemeinen Pfandrechts rückſichtlich ſpäter erworbener Sachen auf den Augenblick des Eigenthumserwerbes durch den Verpfänder geſehen werden müſſe: ſo ſind ſie offenbar mit ihren eignen Grundſätzen in Widerſpruch.

§. 5.

Man kann das allgemeine Pfandrecht auf eine zweifache Weiſe anſehen: einmal als einen Complexus eben ſo vieler Pfandrechte, als Gegenſtände im Vermögen des Verpfänders ſind[24]). Es iſt dann nicht mehr ein Pfandrecht nicht eine obligatio generalis rerum, quas quis habet habiturusve est, ſondern wie Sintenis ſagt, ein Zuſammentreffen mehrerer Pfandrechte, die nach und nach mit dem jedesmaligen Erwerb der einzelnen Gegenſtände entſtehen. Die dieſer Auffaſſungsweiſe huldigenden Schriftſteller führen zur Begründung derſelben weder Stellen noch Beweiſe aus Räſonnements an.

Die entgegengeſetzte Anſicht gehet dahin: das allgemeine Pfandrecht iſt nur eines und hat nur eine Sache zum direkten Gegenſtand, nämlich die Geſammtheit des Vermögens des Verpfänders, die universitas bonorum und nur mittelbar durch ſie die Einzelnſachen, welche Theile dieſes Vermögens ſind oder werden.

23) Thl. XVIII. S. 214.

24) So ſahen es Geſterding und Sintenis S. 377 an.

Dieſe Anſicht haben wir in unſerm Commentarii Thl. I. S. 497 angenommen. Iſt ſie die richtige, ſo läßt ſich durch ſie der Beweis der Einheit des Datums jeder Generalhypothek leicht führen; denn das Verpfändetſeyn ſpäter erworbener Einzelſachen iſt nur eine ſich von ſelbſt verſtehende nothwendige Ausdehnung der bereits beſtehenden Hypothek auf Accessionen, ähnlich der Ausdehnung einer Specialhypothek auf die an der verpfändeten Hauptſache wachſenden Früchte, auf Alluvionen und andern Pertinenzen.

Sie hat nur den Charakter, daß das einmal verpfändet gewordene Vermögensſtück, auch wenn es veräuſſert wird, verpfändet bleibt, ſo lange es als dieſelbe Sache noch exiſtirt, d. h. ſo lange es weder conſumirt [25]), noch in dritter Hand durch specificatio oder auf andere Weiſe in eine neue Sache verwandelt worden iſt. Und dieſer Charakter des allgemeinen Pfandrechts darf auch nicht als ein Beweis für die entgegengeſetzte Anſicht von der Natur der Generalhypothek genommen werden, weil gleichwie bei einer verpfändeten ſ. g. Universitas facti die vom Ganzen ausgeſchiedene Sache aufhört dem Pfandrecht unterworfen zu ſeyn, dieß auch bei der Hypotheca omnium bonorum gelten müſſe, wenn ihr Gegenſtand die ſ. g. universitas puris wäre, die ja bei allem Wechſel dieſelbe bleibt.

Der Unterſchied der beiden Hypotheken läßt ſich leicht erklären: dadurch nämlich, daß bei dem Universitas facti nur das Begriffsganze als ſolches [26]) ſchon nach der Abſicht der Contrahenten verpfändet iſt, während bei der Generalhypothek es die Abſicht der Contrahenten iſt, daß ſowohl das ganze Vermögen als auch durch dieſes jede in daſſelbe fallende Einzelſache verpfändet ſeyn ſoll. Es fragt ſich alſo nur, ob aus den Quellen die zweite Anſicht ſich rechtfertigen laſſe? Wir halten dieß für möglich. Die Generalhypothek

25) Wie z. B. das durch Comixtio beim Dritten conſumirte Geld.

26) Dieß will Mühlenbruch im Archiv für Civ. Praxis. Thl. 17. S. 378.

wird in f. 6. D. 20. 1., wie ſchon bemerkt, obligatio generalis genannt[27]), iſt alſo eine obligatio, d. h. eine Hypothek. Ihr Gegenſtand ſind, nach fr. 15. §. 1. fr. 29. §. 3. fr. 34. §. 2. Deod. f. 21. pr. D. 20. 4. die bona, quidquid in bonis est, omnia bona u. ſ. w. Was unter Bona zu verſtehen ſey, iſt außer allem Zweifel, nämlich das patrimonium des Schuldners, d. h. die Geſammtmaſſe der Rechte[28]) und zwar hier derjenigen quae deducto aere alieno supersunt[29]).

Die Bona, d. h. quae quis habet habiturusve est, ſind alſo nach Juſtinianiſchem Rechte[30]) ſtets der Gegenſtand der Generalhypothek; das Eintreten der einzelnen Sache nur die conditio facti, die conditio sine qua non ihres Obligirtſeyns, was aber für die Exiſtenz der Generalhypothek als ſolcher etwas ganz Gleichgiltiges iſt.

Daraus erklärt ſich auch, warum die Grundſätze über die nicht rückwirkende Kraft der Poteſtativbedingungen bei der hier behandelten Frage keine Anwendung finden können, und warum es unrichtig iſt, f. 4. D. 20. 3. fr. 9. §. 1. 2. fr. 11. pr. §. 1. D. 20. 4. hieher zu ziehen. Denn wenn es einerſeits allerdings gewiß iſt, daß die künftig zu erwerbende Sache nur dann verpfändet iſt, wenn der Verpfänder ſie zu erwerben den Willen hatte, ſo iſt es andererſeits eben ſo gewiß, daß das Obligirtſeyn der zu erwerbenden Sache nicht mehr von ſeinem Willen abhängt[31]): ſie wird wegen der conventio generalis nothwendig, alſo invito debitore dem generellen Pfandrecht unterworfen, d. h. ſie fällt

27) In fr. 1. pr. D. cod. conventio generalis.

28) Bonorum appellatio universitatem quandam et non res singulas demonstrat, fr. 208. D. 50. 16. (de V. S.)

29) F. 39. §. 1. D. 50. 16. — Das Nähere bei Mühlenbruch im Archiv, Thl. 17. S. 345.

30) C. 9. C. 8. 17.

31) Auch werden ja Sachen nicht deswegen erworben, um dem Gläubiger Pfänder zu verſchaffen, ſondern damit die Erwerber ihre Eigenthümer werden. Das Verpfändetſeyn tritt malgré lui ein.

nothwendig unter das bereits unwiderruflich feſtſtehende allgemeine Pfandrecht, alſo unter alle ſolche Pfandrechte, wenn deren mehrere vorhanden ſind; und das gegenſeitige Verhältniß dieſer mehreren Pfandrechte, d. h. ihre von Anfang an begründete Rangordnung kann dadurch nicht verändert werden [32]).

Das ſo eben Geſagte läßt ſich auch durch Herbeiziehung des fr. 11. §. 2. D. 20. 4. nicht entkräften. Denn der Grund, warum bei Möbelſtücken die vor deren Inferirung gegebene Hypothek den Vorzug hat, wenn dieſelben erſt als anderen verpfändet inferirt werden, liegt, wie oben S. 182 geſagt und auch von Roßhirt längſt richtig bemerkt wird, darin, daß die Regel zur Anwendung kommt, nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet: weil ja das bereits verpfändete Möbelſtück als ein verpfändetes, alſo als nicht freies tum suo onere inferirt wird, und deshalb als ein ſchon verpfändetes unter die Legalhypothek des Vermiethers fällt.

Dieß kann unſere Frage gar nicht berühren, eben ſo wenig, wie der gleichfalls gewiß richtige Satz, daß, wenn eine von einer anderen ſchon verpfändeten Sache in das, mit einer Generalhypothek eines Schuldners belaſtete Vermögen übergehet, die ſie belaſtende Hypothek durch die letzte (ſollte dieſe auch ihrem Datum nach älter ſeyn) nicht leiden kann: denn es wird ja (wie oben §. 3. geſagt iſt) nur einer bereits verpfändeten Sache Mitgegenſtand der Generalhypothek ihres neuen Erwerbers. Da dieſer Gegenſtand von Thibaut in den Civ. Abhandlungen S. 311 — 316 und von Wächter im Archiv für Civil. Praxis Band 14. S. 340. auf eine ſo treffliche Weiſe beleuchtet worden iſt, ſo können wir uns jeder weitern Erörterung deſſelben enthalten.

Welcher Anſicht man indeſſen ſeyn möge, ſowohl über die

---

32) Die c. 6. §. 2. C. 5. 9. enthält alſo nur eine conſequente Anwendung der Principien, welche, wie uns deucht, auch Sintenis S. 110 weg zu disputiren nicht im Stande iſt.

Natur der Generalhypothek als über die Anwendbarkeit der Grundſätze über die Wirkung der Bedingungen: ſo glauben wir in §. 2. 3. 4. dieſer Ausführung gezeigt zu haben, daß nach den dort angeführten Gründen das Datum der Generalhypothek nur *eines* ſey, nämlich der Tag ihrer Errichtung, auch rückſichtlich der ſpäter in das Vermögen des Verpfänders übergangener Sachen.

VII.

Beiträge zur Lehre vom Eide.

I. Unter welchen Vorausſetzungen billiget das römiſche Recht die Schlichtung eines Rechtsſtreites durch richterlichen Eid?

II. Was iſt vom ſogenannten juramentum-suppletorium quantitatis zu halten?

Von Herrn

F. B. Buſch,

Fürſtl. Schwarzb. Regierungsrathe zu Arnſtadt.

Zu I.

Gajus [1]) ſagt: Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio: qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis, deciduntur controversiae. Derſelbe bemerkt zugleich an einem andern Orte [2]): Solent judices in dubiis causis, exacto jurejurando secundum eum judicare, qui juraverit. Was causa dubia

1) Fr. 1. D. XII. 2.
2) Fr. 31. eod.